نقل عبء الإثبات

في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء

إعداد

الأستاذ الدكتور نزيه حمّاد

بسم الله الرحمن الرحيم

يتألف هذا البحث من مقدمة وتمهيد وفرعين

المقدمة

في إشكالية البحث

1. لا يخفى أن مبنى عمل المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة وقوائمه على جمع أموال المودعين، واستثمارها لحسابهم على أساس عقد المضاربة (القِراض) بحيث تكون المؤسسة شريكا مضاربا بأموالهم، فتسري عليها أحكامه الشرعية، أو عقد الوكالة، بحيث تكون وكيلا باستثمارها لحسابهم بأجر، فتسري عليهم أحكام الوكيل بأجر.

2. ولا خلاف بين الفقهاء في كلتا الحالتين في أن يد المضارب ويد الوكيل بأجر على أموال المستثمرين يد أمانة، فلا تضمن ما يلحق بأموالهم من توى وخسارة إذا لم تتعد أو تفرط في المحافظة عليها، وأن الأصل قبول قولهم – كسائر الأمناء- في نفي الضمان عن أنفسهم في حالة هلاك أموال المودعين أو خسارتها، إذا ادعوا أن ذلك وقع من غير تعدٍّ منهم أو تفريط، إلا إذا أقام أصحاب المال البينة على تعديهم أو تفريطهم.

3. غير أن تخريج أحكام الضمان المتعلقة بالمؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة على أحكام المضاربين والوكلاء بأجر –التي ذكرها الفقهاء السابقون- من حيث الأخذ بقولهم إذا ادعوا عدم التعدي والتفريط عند ذهاب أموال أرباب الودائع الاستثمارية أو خسارتها من غير تكليفهم بإقامة بينة تثبت صدق دعواهم فيه إشكالية خطيرة في هذا العصر، حيث إنه قد يؤدي إلى إغراء مدراء الاستثمار في تلك المؤسسات المالية بالتعدي في استثمار أموال المودعين أو التهاون في المحافظة عليها من التوى أو الخسارة، لاطمئنانهم إلى قبول دعواهم المجردة عدم التعدي والتفريط، والحكم ببراءتهم من أي تبعة أو ضمان مالي، مع سلب أرباب الأموال مكنة الانتصاف لأنفسهم في الأعم الأغلب، حيث يتعذر عليهم أو يتعسر –بحسب الواقع المشاهد- إثبات واقعة تعديهم أو تفريطهم إذا جحدوها، وأخفوا أو كتموا كل بينة يمكن أن تكشفها وتظهرها. وفي ذلك مفاسد عظيمة يمكن أن يفضي إليها تتريل الأحكام

الفقهية الاجتهادية السالفة على الواقعات المستجدة، مع وجود الفارق المؤثر بسبب تغير أحوال الناس، وتبدل الظروف والملابسات، والعوائد والأعراف، والأنظمة والتشريعات، وفشوّ الكذب والخيانة، وفساد الذمم وضياع الأمانة، وضعف الوازع الديني في الأمناء بصورة عامة. **{والله يعلم المفسد من المصلح}** [البقرة/220]

التمهيد

في مفهوم يد الأمانة وحكمها

لقد قسّم الفقهاء اليد المعنوية، التي تعني اصطلاحهم "حيازة الشيء والتمكن من التصرف فيه" إلى قسمين: يد ضمان، ويد أمانة.

4. **فأما** يد الضمان: فهي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه عدوانا، كالغاصب والمنتهب، أو بإذنه؛ ولكن بقصد تملكه، كالقابض على سوْم الشراء، والملتقط بنية التملك(1).

وحكم هذه اليد الضمان مطلقا؛ أي غُرْم ما يتلف تحتها من أعيان مالية للغير، أيا كان سبب هلاكها أو ضياعها. وعلى صاحبها رد مثل التالف إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا(2).

5. **وأما** يد الأمانة: فهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه –لا يقصد تملكه– لمصلحة تعود لمالكه (كالوديع والوكيل بلا أجر والأجير الخاص والولي والوصي على مال اليتيم والناظر على الوقف وبيت المال) أو مصلحة تعود للحائز (كالمستعير والمرتهن والقابض على سوم النظر) أو مصلحة مشتركة بينهما (كالمضارب والشريك والوكيل بأجر والمزارع والمساقي والمغارس)(3).

---

1. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن يد المستعير يد ضمان أيضا، كما نص الحنفية على أن يد المرتهن يد ضمان كذلك. (انظر الحاوي للماوردي 191/8، 254/9، 255، القواعد للزركشي 323/2، 332، 339، مغني المحتاج 267/2، الإشراف لابن المنذر 271/1، القواعد لابن رجب ص 60، المغني 342/7، 273/9، كشاف القناع 196/4، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي 309/4، م/741، 742 من مجلة الأحكام العدلية، م/1010 من شد الحيران).

2. المنثور في القواعد للزركشي 323/2 وما بعدها، المهذب 366/1، القواعد لابن ردجب 59 وما بعدها، غمز عيون البصائر للحموي 211/2، نيل الأوطار 297/5، 299، 323، م/416 من مجلة الأحكام العدلية.

3. الحاوي للماوردي 371/7، 191/8، 394، 253/9، المغني 184/7، 342، الإشراف لابن المنذر 71/1، 235، 271، شرح منتهى الإرادات 315/2، السيل الجرار للشوكاني 216/3، 286، الفروق للقرافي 207/2، 27/4، القواعد لابن رجب ص 59-63، المنثور للزركشي 323/2، القوانين الفقهية ص 283، 288، 341.

وقد جاء في (م/762) من "مجلة الأحكام العدلية" : "الأمانة: هي الشيء الذي يوجد عند الأمين، سواء أكان أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة، أو كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو دخل بطريق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد،كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره، فحيث كان ذلك بدون عقد، فلا يكون وديعة، بل أمانة فقط".

6. وحكم هذه اليد أنها لا تتحمل تبعة هلاك ما تحتها من الأموال، ما لم تتعدّ أو تفرِّط في المحافظة عليها[1]. فإن وقع شيء من ذلك صارت ضامنة، ولزمها غرمُ بدل التالف لمالكه؛ المثل في المثليات، والقيمة في القيمات. وعلى ذلك نصت (م/768) من "مجلة الأحكام العدلية": "الأمانة لا تكون مضمونة. يعني إذا هلكت أو ضاعت بلا صنعِ الأمين ولا تقصيرٍ منه، فلا يلزمه الضمان".

---

[1] بدائع الصنائع 210/4، 217/7، روضة الطالبين 96/4، 325، 226/5، المغني 257/9، المهذب 364/1، المنثور للزركشي 333/2، وانظر: م/299، 600، 601، 607، 610، 803، 813، 814، من مجلة الأحكام العدلية، وم/629، 789، 957، 838 من مرشد الحيران، وم/ 704، 717، 1019، 1265، 1359 من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

الفرع الأول

الأصل قبول قول المضارب والوكيل بأجر في نفي الضمان عن نفسه

أولا:

7. لا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في المضارب والوكيل بأجر عدمُ ضمان ما تحت يده من أموال من ائتمنهُ على تنميتها وتثميرها إذا ألحقها هلاكٌ أو خسارةٌ من غير تعدّ منه ولا تفريط، وذلك بأنه قبضها بإذن مالكها ورضاه دون قصد تملكها منه، فاعتُبر نائبا عن المالك في اليد والتصرف، ومقتضى ذلك أنه يكون هلاكها أو نقصانها في يده كهلاكها أو نقصانها في يد مالكها، إذْ لم يصدُرْ منه ما يستوجبُ ضمانها.

أما إذا وقع ذلك الضرر بسبب **تعديه** (أي مجاوزته ما ينبغي الاقتصار عليه شرعا أو عرفا) أو تفريطه في المحافظة عليها وصونها من التوى أو الخسارة، فإنه يكون ضامنا له، إذ إنه إما مباشر في وقوع ذلك الضرر الذي لحق أرباب المال بتعديه، أو متسببٌ فيه بترك ما وجب عليه شرعا أو عرفاً في حفظه وصونه.

والمرجع في تحديد التعدي والتفريط في النظر الفقهي هو ما يقرره أهل الخبرة والدراية والاختصاص في تنمية الأموال واستثمارها، فهم الذين يوكل إليهم البتُّ بوقوع ذلك أو عدمه، وتقدير ما يترتبُ عليه من ضمانات تلحق الأمناء بحسب العرف الجاري بين الناس في أسواقهم ومعاملاتهم التجارية ومؤسساتهم المالية[1].

---

[1] رد المختار 494/4، 503، بدائع الصنائع 213/6، المبسوط 128/23، شرح المجلة للأتاسي 244/3، مغني المحتاج 267/2، 79/3، روضة الطالبين 96/4، القوانين الفقهية ص 379، الزرقاني على خليل 114/6، الدسوقي على الشرح الكبير 419/3، الكافي لابن قدامة 202/2، حاشية الحسن بن رحال على شرح ميارة 188/2، كشاف القناع 474/3، من "مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد": يرجع في معرفة التعدي من عمه عند الاختلاف إلى ذوي الخبرة".

ثانيا:

8. وقد رتب الفقهاء على ما تقدم أن أولئك الأمناء على استثمار أموال المودعين إذا ادعوا هلاكها أو نقصانها أو خسارتها من غير تعدٍّ منهم أو تفريط، وأدعى أصحاب المال عكس ذلك، فإن القول قول الأمناء في نفي الضمان عن أنفسهم، ولا يتحملون تبعة ما لحق بأرباب المال من ضرر، ما لم يقمْ المودعون البينة على أن ذلك إنما وقع بسبب تعديهم أو تفريطهم، إذ الأصل "أن الأمين مصدّقٌ في قوله، حتى يَثْبُتَ تعديه أو تقصيره"[1].

قال الزركشي: "ائتمان المالك يوجب تصديق المؤتمن. ولهذا لو اختلف المالك وعامل القراض، وجب عليه تصديقه، وكذلك الوكيل بالجُعْل والمودَعُ لائتمانه إياه"[2].

وقال ابن قدامة: "العامل أمين لا ضمان عليه فيما تلفَ بغير تعدٍّ منه، لأنه متصرف في المال بإذن المالك، ولا يختص بنفعه، فأشبه الوكيل"[3].

وجاء في "كشاف القناع": "كل من كان بيده شيء لغيره على سبيل الأمانة، كالأب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والمودع: يقبل قولهم في التلف وعدم التفريط والتعدي"[4].

9. واحتجوا على ذلك بأمرين:

(**أحدهما**) استصحاب البراءة الأصلية للأمين الجائز، إذ الأصل براءة ذمته من كل ضمان أو التزام تجاه غيره[5]. وذلك يقتضي عدم رفع البراءة عنه تجاه أرباب المال إلا إذا أقاموا البينة على ما يوجب رفعها عنه، وهو تعديه أو تفريطه. وهذا هو ما عناه الفقهاء بقولهم "الأصل أن القول قول أمين في براءة

---

[1] المدخل الفقهي العام للزرقا 1068/2.

[2] المنثور في القواعد 208/1.

[3] الكافي 202/2.

[4] كشاف القناع 474/3.

[5] المبسوط 29/17، وقد جاء في القواعد الفقهية "الأصل براءة الذمة". (انظر م/8) من مجلة الأحكام العدلية، و (م/ 2325) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، غمز عيون البصائر للحموي 203/1، الفروق للقرافي 38/3، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 53، شرح المنهج المنتخب للبخور ص 552).

نفسه". قال الزركشي: "المراد بالأصل: القاعدة المستمرة، أو الاستصحاب"[1]. وهو الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول.

(**والثاني**) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه"[2]. قال ابن العربي: "إن قاعدة الشريعة أن البينة على من ادّعى واليمين على من أنكر، حكما شرعه الله لحكمة هي مصلحة الخلق... وليس في هذه القاعدة خلاف، وإن كان الخلاف في تفاصيل الوقائع التي تتخرّجُ على هذه القاعدة"[3]. وقال الونشريسي: " وإنما جعل الفقهاء القول قولَ المدعى عليه، ولم يجعلوا القول قول المدعي، مع أن كذب كل منهما ممكن، لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه من الحقوق وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات، وبراءته من الانتساب إلى شخص معين، ومن الأقوال كلها، والأفعال بأسرها"[4].

والمدعي: هو من يدّعي أمرا خلاف الأصل[5]. ولذلك كُلف الحجة القوية، وهي البينة، وجُعلَ عليه عبء الإثبات بها، اعتبارا لضعف جانبه، وافتقاره إلى ما يقويه ويرفع الوهن عنه[6]. وقد جاء في (م/77) من "مجلة الأحكام العدلية": "البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء للأصل"[7]. وقد فسر العلامة أحمد الزرقا كملة (خلاف الظاهر) في المادة بأنه خلاف الأصل. ثم قال: "فإذا تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل، وعجز الآخر عن إقامة البينة على ما ادّعاه من خلافه، يكون القولُ قولَ من

---

1. المنثور في القواعد 311/1.
2. أخرجه الترمذي والدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وذكر الترمذي أن في إسناده مقالا، والبيهقي من حديث ابن عباس، والطبراني من حديث ابن عمر، وحسّن إسناده الحافظ ابن حجر في "الفتح"، وقال السرخسي عنه: "وهذا، وإن كان من أخبار الآحاد، فقد تلقاه العلماء بالقبول، والعمل به، فصار في حيز التواتر وعُدّ من جوامع الكلم". (عارضة الأخوذي 87/6، سنن الدارقطني 110/3، 111، السنن الكبرى للبيهقي 252/10، فتح الباري 283/5، المبسوط 28/17، التلخيص الحبير 208/4، إرواء الغليل 264/8-267).
3. عارضة الأخوذي 86/6.
4. عدة البروق للونشريسي ص 482.
5. وقال ابن شاس: "المدعي: هو من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، أو كان أضعف المتداعيين أمرا في الدلالة على الصدق، أو اقترن بها ما يوهمها عادة، وذلك كالخارج عن معهود، والمخالف الأصل، وشبه ذلك. ومن ترجح جانبه بشيء من ذلك، فهو المدعى عليه". (عقد الجواهر الثمينة 200/3). وقال غيره: هو من يدعي أمرا عارضا. وقال بعض الفقهاء: هو الذي يدعي أمرا خفيا يخالف الظاهر. وقيلك هو من إذا سكت تُرك. وقيل غير ذلك. (انظر فتح الباري 283/5، ومبسوط 29/17، 31، روضة الطالبين 7/12، كشاف القناع 378/6، الإنصاف للمرداوي 120/29).
6. شرح عيارة على تحفة ابن عاصم 26/2.
7. وهي من القواعد الفقهية في مذهب الحنفية. (انظر: قواعد الفقه للبركتي المجددي ص 66).

يتمسك بالأصل بيمينه"[1]. وقال شارح المجلة علي حيدر: "لأن الأصل يؤيده ظاهر الحال، فلا يحتاج لتأييد آخر"[2].

وقال القرافي: "قال الأصحاب: المدعي من خالف قوله أصلا، كدعوى الدين، أو عرفا، كالوديعة المشهود بها، فإن العادة أن من أُشهِد عليه، لا يعطي إلا ببينة"[3].

أما المدعى عليه: فهو المتمسك بالأصل. فكان القول قوله في نفي ما يوجب ضمانه، إذ الأصل فراغ ذمته من كل التزام أو مسؤولية تجاه غيره، ولذلك اكتُفي منه باليمين عند إنكار خصمه – وهي حجة ضعيفة- نظرا لقوة جانبه[4]. قال ابن القيم: "لما قوي جانب المدعى عليه بالبراءة الأصلية، كانت اليمين في حقه، وكذلك الأمناء، كالمودع والمستأجر والوكيل والوصي، القول قولُهم، ويُحلفون لقوة جانبهم بالأيمان. فهذه قاعدة الشريعة المستمرة"[5].

وقال القرافي: " المدعى عليه هو من وافق قوله أصلا أو عرفا"[6]. قال بعض الفقهاء: هو من وافق قوله الظاهر . وقيل: هو من إذا سكت لم يُترك. وقيل غير ذلك[7].

10. غير أن تنزيل الأصل الذي ذكره الفقهاء، وهو قبول قول الأمين مطلقا في دفع الضمان عن نفسه"[8] على مدراء الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة باعتبارهم مضاربين أو وكلاء بأجر، بحيث يُثمر براءتهم من كل ضمان أو تبعة أو مسؤولية مالية تجاه أرباب الأموال، بمجرد إدعائهم هلاك أموالهم أو خسارتها بدون تعدّ منهم أو تفريط غير مسلّم، إذ إنه قد يؤدي إلى قلب موازين العدالة، وجلب المفاسد وتضييع المصالح، وذلك لما يوفره للمدراء من حماية من تحمل تبعة تعديهم أو تفريطهم –باعتبار قبول قولهم المجرد في نفي ذلك عن أنفسهم- وتلك الحماية قد تغريهم بالتعدي أو التفريط أو التهاون في المحافظة على أموال المودعين، طمعا في كثرة الأرباح والمكاسب، وبخاصة في هذا الزمان

---

[1] شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص 323.

[2] درر الحكام شرح مجلة الأحكام 67/1.

[3] الذخيرة 8/11، الفرق 76/4.

[4] فتح الباري 5م283.

[5] الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية 67.

[6] الفروق 76/4، الذخيرة 329/5، 11/8، تهذيب الفروق والقواعد السنية 119/4، ترتيب الفروق للبقوري 422.

[7] روضة الطالبين 12،7، فتح الباري 283/5، أصول الكرخي (مطبوع مع تأسيس النظر للدبوسي) ص 80.

[8] الهداية مع فتح القدير 369/8.

الذي فسدت فيه الذمم، وكثر فيه الطمع والجشع، وفشا فيه الكذب والخيانة، وضعف فيه الوازع الديني عن تضييع حقوق الناس وأكل أموالهم بالباطل.. وذلك يستوجب إعادة النظر في هذا التخريج أو الإسقاط الفقهي الجامد.

فالمفتي والحاكم –كما قال ابن القيم- إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الأحكام، أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلمُ الناسُ بطلانه، لا يشكّون فيه، اعتمادا منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله[1]. وقال أيضا: "معرفةُ الناس أصلٌ عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيها فيه، فقيها في الأمر والنهي، ثم يطبّق أحدهما على الآخر، كان ما يفسد أكثر مما يُصلح، فإنه إذا لم يكن فقيها في الأمر، وله معرفةٌ بالناس، تصوّر له الظالم بصورة المظلوم، وعكسه، والمحقّ بصورة المبطل، وعكسه، وراجَ عليه المكر والخداع والاحتيال... وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيها في مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإنّ الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله"[2].

11. وبناءً على ذلك، وبعد النظر في أصول الشريعة وقواعدها الكلية، والتأمل في مقاصدها العامة في جلب المصالح ودرءِ المفاسدِ، والنظر إلى مآلات الأفعال، وسدِّ الذرائع إلى الظلم والفساد، والتعمق في فهم الأشباه والنظائر الفقهية المتناثرة في تضاعيف الفصول والأبواب المتعددة من مدونات فقه المذاهب الإسلامية المختلفة، ظهرَ لي في هذه الواقعة –محل البحث- بظروفها وملابساتها وأحوالها الراهنة صوابُ القول بنقل عبء التكليف بإقامة البينة على صدْقِ إدعاء التلف والخسارة من أرباب الأموال (أصحاب الودائع الاستثمارية) إلى المضاربين والوكلاء بأجر الذين يتولون إدارتها، لأنه السبيل الأمثل والحلّ الأفضل لرفع الجور والظلم عن أصحاب المال من جهة وإنصاف المضاربين والوكلاء من جهة ثانية.. وعلى ذلك فبدلا من أن يكون القول النافذ المحكوم بموجبه للأمناء بدعواهم المجردة عن أي بينة أو حجة أو برهان صحيح تلف الأموال أو خسارتها من غير تعديهم أو تفريطهم، ما لم يقُم أرباب المال البينة على تعديهم أو تفريطهم –وذلك أمرٌ متعذر أو متعسر عليهم، أو خارج عن وسعهم ومقدورهم

---

[1] الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ص 4.

[2] إعلام الموقعين عن رب العالمين 204/4، 205.

من الناحية العملية إذا كانوا محقّين –يكون القول المعتبر لأرباب المال عند ادعائهم تعدي أولئك الأمناء في استثمار أموالهم أو تفريطهم في المحافظة عليها، ما لم يقُم الأمناء البينة على نفي ذلك عن أنفسهم– والبينة: "هي اسم لكل ما يبين وجه الحق ويظهره" كما قال ابن القيم،[1] أو: "هي كلّ معنى يبين به للقاضي وجه الحكم والفصل بين المتنازعين" كما قال ابن العربي–[2] وذلك أمر سهل يسير عليهم إذا لم يكونوا مبطلين في ادعائهم.

---

[1] الطرق الحكمية ص 11.

[2] عارضة الأحوزي 87/6، وجاء في (م/2145) من "مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد": "البينة:هي العلامة الواضحة التي يترجّح بها صدق أحد المتداعيين".

الفرع الثاني

الموجبات الشرعية لنقل عبء الإثبات

إلى المضاربين والوكلاء بأجر

وهي أربعة : العرف، والتهمة، والمصلحة، ودلالة الحال

الموجب الأول: العرف

12. إن مما يجدر التنويه به ويلزم التنبيه إليه أن الأصل الفقهي الذي قرره علماؤنا السابقون، وهو أن القول قول الأمين في براءة نفسه من الضمان عند ادعائه تلف ما تحت يده من أموال الناس أو خسارته بغير فعله أو تسببه –باعتباره مدّعى عليه لا مدّعياً في النظر الفقهي- **مقيدٌ** بكون ذلك متسقا مع عرف الناس المستقر وعاداتهم الجارية.

أما إذا جرت عادتهم بعدم قبول قوله حتى يقيم البينة على صدق دعواه تلف تلك الأموال بدون تعديه أو تفريطه، فينقلب حاله وحكمه الشرعي من **مدعى عليه** غير مطالب بالبينة، لتمسكه بالأصل إلى **مُدّعٍ** أمرا خلاف الأصل، فلا يقبل قوله حتى يقيم البينة على صدق دعواه، لأن دلالة العرف أقوى وأظهر من استصحاب أصل براءة الذمة عند تعارضهما، فصار مقتضى العرف هو الأصل، والمتمسك به هو المدعى عليه، وصار استصحاب مبدأ براءة الذمة خلاف الأصل، والمتمسك به هو المدعي، وهو المطالب بالبينة.

13. وهذه القاعدة الشرعية مقررة في نصوص الفقهاء على اختلاف مذاهبهم. ومن ذلك:

(أ) قول ميارة في شرحه على تحفة ابن عاصم: "إذا اختلف الخصمان، فادعى أحدُهما الأصل، وادعى الآخر خلافه، فالقول قولُ مدعي الأصل، إلا أن يكون في ذلك الشيء المدعى فيه عُرف جارٍ قد استقر على خلاف الأصل، فإنه يرجع القول قولَ مدعي مقتضى ذلك العرف الجاري على خلاف الأصل"[1].

---

[1] شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم 26/2.

(ب) قول التاودي في شرح قول ابن عاصم:

والقول قول مدع للأصل   أو صحة في كل فِعل فعل
ما لم يكن في ذاك عرف جارٍ   على خلاف ذاك ذو استقرار

ولأنه إذا جرى العرف بشيء، صار هو الأصل، إذا الأصل عند الفقهاء بمعنى الغالب"[1].

(ج) قول ابن شاس: " إذا ادعى أحد الخصمين ما يخالف العرف، وادعى الآخر ما يوافقه، فالأول المدعي"[2].

(د) وجاء في القواعد الفقهية على مذهب الحنابلة: "يُقْبلُ قولُ الأمناء في التصرفات أو التلف ما لم **يخالف العادة**"[3].

(ه) قول الزركشي في "قواعده": "إذا اطّردتْ عادة قُدّمتْ على الأصل مطلقا"[4].

(و) قول العلامة محمد العزيز جعيط: "ذُكر في المدعي والمدعى عليه تعريفات، **أقربُها**: أن المدعي من يجرد قوله عن الأصل والعرف، والمدعى عليه من عضَدهُ أحدهما، فإن شهد لأحدهما الأصل، وللآخر العرف، كان من شهد له العرفُ هو المدعى عليه"[5].

(ز) أن ابن فرحون عقد في "تبصرة الحكام" بابا في القضاء بقول المدعي لرجحانه بالعوائد،[6] كما عقد باب آخر في القضاء بالعرف والعادة،[7] وذكر فيه أن القولَ قولُ من شهد له العرف والعادة

---

[1] حلى المعاصم 91/2.

[2] عقد الجواهر الثمينة 200/3.

[3] القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص 69.

[4] المنثور في القواعد 312/1.

[5] الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية ص 43، 44.

[6] الباب الخامس والعشرون من التبصرة 249/1 وما بعدها.

[7] الباب السابع والخمسون من التبصرة 63/2-69.

من المتداعيين عند اختلافهم،[1] لأن العرف كالشاهد للمدعي. بل إن بعض فقهاء المالكية قال: العرف بمثابة الشاهدين.[2]

14. وإنه ليس بخاف على أحد أنّ العرف الذي كان جاريا في الأزمنة السالفة هو قبول قول الأمناء –ومنهم المضاربون والوكلاء بأجر– عند ادعائهم تلف ما تحت أيديهم بدون تعديهم أو تفريطهم، لذلك اتفقت كلمة الفقهاء على أن رب المال هو الذي يتحمل عبء إثبات تعدي أو تفريط المضارب أو الوكيل بأجر أو غيرهم من الأمناء إذا ادعى ذلك، وإلا كان القول قولهم المجرد في نفيهما.

أما في عصرنا الحاضر، فقد تغير ذلك العرف، وأصبحت جميع المؤسسات المالية مطالبة بالشفافية وملزمة بالإفصاح والكشف عن بياناتها المالية، وأعمالها الاستثمارية، وأساليبها في إدارة مخاطر الاستثمار، والاحتياطات التي تتخذها في ممارسته، والضمانات التي تأخذها من الغرماء والعملاء لحفظ وصيانة ودائع الناس لديها من التوى والخسارة، وغير ذلك مما يجب عليها كشفه وبيانه وإظهاره في العرف الجاري، ومن ثم صار مجرد ادعاء المؤسسة المالية إفلاسها أو خسارتها من غير تعد منها أو تفريط بدون تقديم الأدلة والحجج والبراهين المعتبرة عليه لا قيمة له، ولا يؤخذ به، ولا يُعولُ عليه **عرفا**. وبناء على ذلك، فلا يصح في هذا الزمان الأخذ أو التخريج على الأصل الفقهي الذي قرره الفقهاء السابقون بقبول قول المضاربين والوكلاء بالاستثمار المجرد في نفي الضمان عن أنفسهم من غير تكليفهم عبء إثبات إدعائهم عدم التعدي والتفريط، نظرا لتغير العرف والعادة في القضية.

يشهد لذلك ويوضحه قول العلامة ابن عابدين: "كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به، أخذا من قواعد مذهبه".[3]

---

[1] تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام 64/2.

[2] تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية 121/4.

[3] رسالة نشر العرف، ضمن رسائل ابن عابدين 125/2.

وكذا قول الإمام القرافي: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت... فمهما تجدّد في العرف اعتَبِرْه، ومهما سقط أَسقِطْهُ، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك... فهذا هو الحق الواضح. والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين".[1]

وقوله أيضا: "إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين. بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديدا للاجتهاد من المقلدين، حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء، وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد".[2]

كذلك نبه رحمه الله إلى خطورة الغفلة عن هذا الحكم بقوله: "... قد غفل عنه كثير من الفقهاء، ووجدوا الأئمة الأول قد أفتوا بفتاوى بناءً على عوائد لهم، وسطّروها في كتبهم بناء على عوائدهم، ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها، وقد زالت تلك العوائد، فكانوا مخطئين خارقين للإجماع، فإن الفتيا بالحكم المبني على مَدْرَك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع".[3]

الموجب الثاني: التهمة

15. المراد بالتهمة ههنا: رجحان الظن، وغلبة الاحتمال -بشهادة العرف- في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة أو خسارتها بدون تعديه أو تفريطه.

وهي موجب شرعي لنقل عبء الإثبات (إقامة البينة على صدق الادعاء) من صاحب المال إلى الأمين الحائز على المشهور في مذهب المالكية في مسائل متعددة، منها:

---

[1] الفروق 176/1.

[2] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص 231.

[3] الفروق 162/3.

المسألة الأولى:

16. أن يد المستعيد والمرتهن في كل ما لا يُغاب عليه من الأموال (أي ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالدور والأرضين والحيوان) يد أمانة، فلا يضمن هلاكها بدون تعديه أو تفريطه، ويكون القول قوله في دعوى التلف بغير فعله أو تسببه، اعتبارا للأصل في يد الأمانة.

أما إذا كان المستعار أو المرهون مما يغاب عليه (وهو ما يخفى هلاكه، كالحلي والثياب والجواهر والنقود) فإنه لا يقبل قوله في دعوى التلف بدون تعدٍّ منه ولا تفريط، إلا إذا أقام البينة على صدق دعواه.[1]

17. وأساس التفرقة بين الحالتين: **قيام التهمة** في دعوى هلاك ما يغابُ عليه، حيث إنه موجب لنقل عبء الإثبات إلى الأمين، **وانتفاؤها** فيما لا يغابُ عليه، حيث يستصحب عندئذ الحكم الأصلي في يد الأمانة.

وقد نبه إلى هذا المناط ابن رشد (الحفيد) بقوله: "وأما تفريق مالك بين ما يُغابُ عليه وبين ما لا يغاب عليه، فهو استحسان، ومعنى ذلك أن **التهمة** تلحق فيما يُغابُ عليه، ولا تلحق فيما لا يُغاب عليه".[2]

وبناء على ذلك قالوا: إذا أقام الأمين البينة فيما يُغاب عليه من المتاع أن الهلاك لم يكن بسببه، فلا ضمان عليه. قال القاضي عبد الوهاب: "لأن **التهمة** قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صُنعَ له بتلفه، فلم يلزمه الضمان".[3] وقال ابن رشد (الجد): "لأن قيام البينة ينفي **التهمة** بالتعدي والتفريط،

---

[1] المقدمات الممهدات 267/2، 368، 471، ميارة على التحفة 107/1، 91/2، شرح المنجور على منهج ص 539، عدة البروق للونشريسي ص 546، القوانين الفقهية ص 340، الفروق للقرافي 207/2، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص 393، الإشراف للقاضي عبد الوهاب 7/2، 39، المعونة على مذهب عالم المدينة 1156/2، 1157، 1208، 1209، التفريع 259/2، 268، الذخيرة 113/8، حاشية الحسن بن رحال على ميارة 185/2، تهذيب الفروق والقواعد السنية 205/2.

[2] بداية المجتهد ونهاية المقتصد 278/2.

[3] المعونة 1209/2.

وذلك معنى يُسقط الضمان".[1] ثم بسط القاضي عبد الوهاب التعليل بقوله: "إذ سبب الضمان معدوم، لأنه إنما يُضمّنُ لئلا يكون قد أتلفه وادّعى أنه تلِف بغير صُنعه، فإذا عُلمَ صدقه فلا ضمان".[2]

المسألة الثانية:

18. أن الأجراء على حمل المتاع من مكان لآخر، إذا هلك في أيديهم، ولم يكن طعاما، وادّعوا وقوع ذلك من غير تعديهم أو تفريطهم، فإنه يقبل قولهم، لأن يدهم عليه يد أمانة، استصحابا للحكم الأصلي في الأمناء.

أما إذا كان المتاع طعاما، فإنه لا يقبل قولهم في دعوى التلف بدون تعدٍّ منهم أو تفريط، إلا إذا أقاموا البينة على صدق دعواهم.[3]

قال القرافي –في الفرق السابع والمئتين بين قاعدة ما يضمنه الأجراءُ إذا هلك وبين قاعدة ما لا يضمنونه–: "ما هلك بقولهم من الطعام لا يُصدَّقون فيه **لقيام التهمة**، وما هلك بأيديهم من العروض يُصدّقون فيه **لعدم التهمة**".[4]

وقال الونشريسي: "وإنما ضمن مالكٌ حامل الطعام إذا لم يقُم له بينة على أن التلف من غير سببه –ولم يُضمن حامل غيره حتى تقوم عليه البينة بالتفريط والإضاعة– لأن العادة جارية أن الأكرياء يُسرِعون إلى الطعام الذي في أيديهم لدناءة نفوسهم، ولما يعلمون أن نفوس أهل الأقدار والمروءة تأنفُ من مطالبتهم بمثل المأكولات والمشروبات، لا سيما العرب مع كرمها وعزة نفوسها، فضُمِّنوا نظرا للفريقين".[5]

19. وحيث كان مناط نقل عبء الإثبات إلى الأجراء على حمل الطعام هو التهمة لا غير، فإنه يستصحب الحكم الأصلي للأمناء، وهو قبول قولهم من غير إقامة بينة على وقوع التلف بدون تعديهم أو تفريطهم إذا انتفى هذا المناط. وقد عبّر عن ذلك القرافي: " لا يضمن –أي الأجير على حمل الطعام– إذا كنت

---

[1] المقدمات الممهدات 472/2.

[2] المعونة 1158/2.

[3] بداية المجتهد 232/2، تهذيب الفروق والقواعد السنية 205/2، المعونة 1107/2.

[4] الفروق 11/4.

[5] عدة البروق للونشريسي ص 558.

معه على الدابة أو السفينة، وإلا فلا يصدق في الطعام والإدام **للتهمة** في امتداد الأيدي إليه إلا ببينة أن التلف من غير فعلهم، ويصدقون في العروض".[1]

نظائر فقهية أخرى:

20. ثم إن من الأشباه والنظائر الفقهية في مسألة أثر التهمة في عدم قبول الأقوال والشهادات والدعاوى المجردة عن البينات:

(أ) رد شهادة الأصول للفروع، والفروع للأصول، والأقارب لبعضهم **للتهمة**، إذ كان الحكم من عصر الصحابة والتابعين جواز شهادة القريب لقريبه من ولد ووالد وزوج، لأن النفوس كانت سليمة، و لم يكونوا يتهمون في شهادة بعضهم لبعض. فلما كان عصر تابعي التابعين رد الولاة شهادتهم **للتهمة**.[2]

وقد نبه إلى هذا المعنى ابن شهاب الزهري بقوله: "كان من مضى من السلف الصالح يجيزون شهادة الوالد لولده والأخ لأخيه، ويتأولون في ذلك قول الله سبحانه﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط، شهداء لله، ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين﴾[النساء 135]، فلم يكن أحد يُتهم في ذلك من السلف الصالح، ثم ظهرت من الناس أمورٌ حملت الولاة على **اتهامهم**، فتُركتْ شهادة **من يُتهم**، وصار ذلك لا يجوز في الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة".[3] قال ابن العربي: "وهو مذهب الحسن والنخعي والشعبي وشريح ومالك والثوري والشافعي وأحمد بن حنبل أنه لا تجوز شهادة الوالد للولد".[4] وقال ابن القيم: "وكذلك شهادة القريب لقريبه **لا تُقبلُ مع التهمة، وتُقبلُ بدونها**. هذا هو الصحيح".[5]

---

[1] الذخيرة 529/5.

[2] الاجتهاد بالرأي في مدرسة الحجاز الفقهية للدكتور خليفة بابكر الحسن ص 382.

[3] أحكام القرآن لابن العربي 507/1.

[4] أحكام القرآن لابن العربي 507/1.

[5] إعلام الموقعين 111/1.

(ب) إلغاء إقرار المريض مرض الموت بمال لوارثه، لانعقاد سبب **التهمة**، واعتمادا على قرينة الحال في قصد تخصيصه به.[1] قال ابن القيم: "الإقرار للوارث في مرض الموت لا يصح **للتهمة** عند الجمهور، بل مالك يردّه للأجنبي إذا ظهرت **التهمة**. وقوله هو الصحيح".[2]

21. فبناءً على ما تقدم، وتخريجا على القول المشهور في مذهب مالك في المسائل الآنفة الذكر بأن التهمة موجب لنقل عبء الإثبات إلى الأمناء إذا ادّعوا تلف مال من ائتمنهم عليه بغير تعدّ منهم أو تفريط، فإنه يترجح في نظري القول بنقل عبء الإثبات من أصحاب الأموال إلى المضاربين والوكلاء بأجر (المؤسسات المالية الإسلامية) عند ادعائهم ذهاب أموال أصحاب الودائع الاستثمارية أو خسارتها بدون تعديهم أو تفريطهم، نظرا لقيام التهمة بهؤلاء الأمناء عند ادعائهم ذلك، إذ إن من المفترض فيهم والمتوقع منهم بحسب المعهود والدلالات العرفية الظاهرة حفظ رؤوس الأموال وتحقيق المكاسب والأرباح، واجتناب الخسائر والأضرار، لأن المودعين لم يأتمنوهم إلا على أساس كونهم من أهل الخبرة والدراية والمهارة والكفاءة المتميزة في تنمية أموالهم وإدارة مخاطر استثمارها بصورة علمية وفنية تكفل حفظ تلك الودائع وصونها من التوى والخسارة، وكذا التزامهم باجتناب أي إهمال أو تهاون أو مخالفة أو تجاوز للأصول والقواعد التي يجب مراعاتها لحمايتها من كل ضرر يمكن أن يلحق بها نتيجة ما قد يحصل في الأسواق من تغيرات أو طوارئ... فإذا ادّعى المضارب أو الوكيل بالاستثمار بعد ذلك هلاك مال المودعين كليا أو جزئيا بدون تعديه أو تفريطه، فإنه يكون محلّ ريب وتهمة متمكنة بالكذب والخيانة في ادعائه نفي الضمان عن نفسه، و"قول المتهم ليس بحجة" كما جاء في القواعد الفقهية،[3] وتعتبر هذه التهمة موجبا كافيا لنقل عبء الإثبات إليهم. فإن أقاموا البينة على صدق ادعائهم عدم التعدي والتفريط، قُبل قولهم، وحُكم ببراءة ذمتهم من أي ضمان أو تبعة أو مسؤولية، وذلك أمرٌ ممكنُ ويسير عليهم إن كانوا صادقين في دعواهم، وإلا كانوا ضامنين، لأن الظاهر وشاهد الحال يكذّبُ ادعائهم، وقد جاء في القواعد الفقهية: "الأصل قبول قول الأمناء إلا حيث يكذبهم الظاهر".[4] وقال

---

[1] إعلام الموقعين 37/4.

[2] إعلام الموقعين 314/3، الطرق الحكمية ص 5.

[3] القواعد الفقهية للبركتي المجددي ص 99، شرح السير الكبير للسرخسي 198/1، 209.

[4] الطرق الحكمية ص 22. الفوائد الزينية لابن نجيم ص 104.

العلامة ابن القيم: "سائر من قلنا (القول قوله) إنما يُقبلُ قوله إذا لم يكذّبْهُ شاهد الحال، فإن كذّبه لم يُقبل قوله".[1]

فتوى معاصرة ذات علاقة :

22. إن من الجدير بالبيان في هذا المقام أن هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني أصدرت قرارا (فتوى) بخصوص الاستيفاء الوارد إليها من البنك حول النقصان الذي يحدث في خزائن الصيارفة أثناء العمل اليومي، ومدى مشروعية ما هو متبع في البنك من تضمين الصراف ما يحدث في خزينته من نقصان، مع أنه أمين، والأصل أنه لا ضمان عليه فيما يحدث في خزينته من فرق، ما لم يُقم المصرف البينة على أن ذلك إنما وقع بسبب تعديه أو تفريطه. وقد جاء في القرار:

"الصراف أمين على المال الذي تحت يده، والقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن إلا إذا فرط في الحفظ أو تعدى فيما أؤتمن عليه... وكان الناس في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم يأتمن بعضهم بعضا، وكان العامل يصدق إذا ادعى هلاك ما في يده بلا تفريط منه.

وقد روي عن علي بن أبي طالب أنه قضى بتضمين الأجير والغسال والصباغ،وقال: "لا يصلح الناس إلا ذاك"، وذهب شريح القاضي مذهب عليّ في تضمين الأجراء والصناع، ولعل عليًّا وشريحاً إنما فعلا هذا ليحملا الأجير والصناع على الحرص في حفظ الأمانة وعدم التفريط فيها، وخوفا من كذب الصانع والأجير فيما يدّعيه من هلاك ما استودع بلا تعدّ منه، وسداً للذريعة.

وترى الهيئة أن يستمر البنك على ما درج عليه من مطالبة الصراف بدفع الفروقات التي تحدث بخزينته، أي أن يكون الأصل هو الضمان، إلا إذا ثبت للبنك ثبوتا لا شبهة فيه أن الصراف لم يتعدّ ولم يُفرّط فيما ضاع من مال البنك، فإنه لا يضمن حينئذ".[2]

23. ويلاحظ في هذا القرار أن هيئة الرقابة الشرعية للبنك ذهبت إلى تضمين الصراف الذي هو أمين ما نقصَ من مال البنك الذي تحت يده، ما لم يثبت عدم تعدّيه وتفريطه **للتهمة**، خلافا للحكم الأصلي في

---

[1] الطرق الحكمية ص 22

[2] فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني ص 84 (جواب الاستفسار رقم 22).

الأمناء، وهو قبول قولهم بدون إثبات أو بينة عند ادعائهم تلف ما تحت أيديهم من أمانات من غير تعدّ منهم أو تفريط.

الموجب الثالث: المصلحة

24. المصلحة في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة.[1] وفي الاصطلاح الشرعي: "هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع، عبادة أو عادة".[2] وقال القاضي ابن العربي: "المصلحة هي كل معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة".[3] وجاء في "شرح تنقيح الفصول" للقرافي: "إن الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحصيل مصالح العباد عملا بالاستقراء، فمهما وجدنا مصلحة، غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع".[4]

25. والمصلحة موجب معتبر شرعا لنقل عبء الإثبات من أرباب الأموال إلى المضاربين والوكلاء بالاستثمار (المؤسسات المالية الإسلامية) عند ادعائهم ذهاب الأموال التي ائتمنوا على إدارتها واستثمارها أو خسارتها، وذلك لحمايتها من التوى والخسارة في هذا الزمن الذي فسدت فيه الذمم، وكثر الطمع، وضعف الوازع الديني الذي يحجز جُلّ الأمناء عن ادعاء التلف أو الخسارة مع عدم تعديهم أو تفريطهم زورا، إذا علموا أن القول قولهم في نفي الضمان عن أنفسهم، من غير تكليفهم إثبات صدق ذلك الإدعاء، استصحابا لأصل براءة ذمتهم من كل ضمان أو مسؤولية تجاه الغير، لأن من الشاق العسير أو غير الممكن لأصحاب المال إثبات خلاف ذلك، وإدانتهم بالبينة على ما يوجب ضمانهم من تعدّ أو تفريط، كما أن استصحاب أصل براءة الذمة، وقبول قولهم عند ادعائهم المجرّد تلف ما تحت أيديهم من أموال الناس بدون تعدّ منهم أو تفريط إنما يسوغ الأخذ به والتعويل عليه إذا غلب في الناس الصدق والأمانة والورع عن أكل مال الغير بالباطل، أما إذا فشى الكذب والخيانة والجشع والشح، فإن هذا الظاهر يقدم على الأصل عند تعارضهما، كما هو مقررٌ في قواعد الفقهاء.[5]

---

[1] شفاء الغليل للغزالي ص 159.

[2] التعيين في شرح الأربعين للطوفي ص 239.

[3] القبس شرح الموطأ 779/2.

[4] شرح تنقيح الفصول ص 446.

[5] جاء في القواعد الفقهية: "استصحاب الأصل دليل ضعيف يُدفع بكل دليل يخالفه، ولهذا يُدفع بالنكول واليمين المردودة واللوث والقرائن الظاهرة". (الطرق الحكمية ص 67).

26. يشهد لصحة هذا الموجب قول الإمام مالك وجميع أصحابه –إلا أشهب–[1] بتضمين الصناع (وهم الأجراء الذين ينتصبون لحرفة أو صناعة، فيدفع الناس إليهم أمتعتهم، ويتعاقدون معهم على صنع شيء أو إصلاحه لهم منها في **غيبتهم**، كالخياط والنجار والخراز والقصار والطرّاز والصباغ ونحوهم)، ما يتلف تحت أيديهم منها، ما لم يقيموا البينة على أن التلف وقع بغير فعلهم أو تسببهم – مع أن يدهم يد أمانة– استثناء لداعي المصلحة.[2]

قال الونشريسي : إن الصناع إنما ضُمِّنوا لتأثير عملهم في عين المصنوع وذاته... لأن السلعة إذا تغيرت بالصنعة لا يعرفها ربها إذا وجدها قد بيعت في الأسواق، فكان **الأصلح للناس** هذا التضمين.[3]

وأيضا في تضمينهم **مصلحة** ونظر للصناع وأرباب السلع، وفي ترك الضمان عليهم ذريعة إلى إتلاف الأموال، وذلك لأن بالناس ضرورة إلى الصناع، إذ ليس كل واحد من الناس يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، **فلو قبل قولهم في التلف**، مع علمهم بضرورة الناس إليهم، لأوشك أن تنبسط أيديهم على أموال الناس. **فلا بد من الضمان إن لم تقم البينة** على المشهور.[4]

وقال ابن رشد (الجد): "الأصل في الصُّناع أنه لا ضمان عليهم، لأنهم أُجَرَاء، وإنما ضُمِّنوا **لمصلحة العامة**".[5] وقال أيضا: "الأصل في الصُّناع أن لا ضمان عليهم، وأنهم مؤتمنون، لأنهم أُجراء، وقد أسقط النبي صلى الله عليه وسلم الضمان عن الأُجراء في الائتمان، وضَمّنوهم **نظرا واجتهادا**، لضرورة الناس إلى استعمالهم. فلو علموا أنهم **يؤتمنون ولا يُضمَّنون، ويُصدّقون فيما يدّعون من التلف**، لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، واجترؤوا على أكلها، فكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال وإهلاكها، ولَلَحِق أرباب السِّلع في ذلك ضرر شديدٌ".[6]

وأن "مَن ساعده الظاهر فالقول قوله، والبينة على من يدعي خلاف الظاهر". (القواعد الفقهية للمجددي اليكتي ص 129).

[1] حيث ذهب أشهب إلى تضمين الصناع مطلقا، حتى ولو قامت البينة على أن التلف لم يكن بسببهم. (كشف القناع للمعداني ص 85، بداية المجتهد 232/2، المقدمات الممهدات 244/2).

[2] الأخيرة 502/5، المعونة 2،1111، ميارة على التحفة 195/2، بداية المجتهد 231/2، 323، عدة البروق ص 546، 558، البهجة للتسولي 2282، 283، الإشراف للقاضي عبد الوهاب 75/2، كشف القناع عن تضمين الصناع ص 73 وما بعدها.

[3] عدة البروق ص 546، وانظر الفروق للقرافي 207/2.

[4] عدة البروق ص 558، وانظر المعونة للقاضي عبد الوهاب 1111/2.

[5] البيان والتحصيل 335/15.

[6] المقدمات الممهدات 243/2.

كذلك بيّنَ الشاطبي وجه المصلحة في تضمين هؤلاء الصناع إذا لم يقيموا البينة على أن تلف تلك الأموال لم يكن بسبب تعديهم أو تفريطهم بمثل ما أوضح ابن رشد والونشريسي، ثم قال: "ولا يقال إن هذا نوع من الفساد، وهو تضمين البريء، إذ لعله ما أفسد ولا فرّط، فالتضمين مع ذلك كان نوعا من الفساد! لأنا نقول: إذا تقابلت المصلحة المضرة، فشأن العقلاء النظر إلى الغالب، ووقوع التلف من الصُناع من غير تسبب ولا تفريط بعيد، والغالب عند فوات الأموال أنها لا تستند إلى التلف السماوي، **بل ترجع إلى صنع الفساد على وجه المباشرة أو التفريط**".[1]

27. ومن الملاحظ أن هذا المعنى الذي علل به المالكية –في القول المشهور في المذهب- وجوب نقل عبء الإثبات من أرباب الأموال إلى الأُجراء الصُناع، مع أنهم أمناء –وهو **المصلحة اعتبارا لفساد الزمان-** متحقق في المضاربين والوكلاء بالاستثمار في العصر الراهن، فوجب أن يسري عليهم الحكم الاجتهادي المصلحي المنوّه به، إذ لا يخفى على أحد أن قعود الهمم، وفساد الذمم، وقلة الورع، وكثرة الطمع، وضعف الوازع الديني في هذا الزمن أورثتْ انحلالاً في الأخلاق، يُضعف الثقة بهؤلاء الأمناء، ويجعل الحكم الذي أسسه الاجتهاد السابق، في ظروف أحوال مختلفة عن الواقع الراهن – وهو قبول قولهم بمجرد ادعائهم التلف أو الخسارة من غير تعدٍّ منهم ولا تفريط – غير صالح لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقه، فلزمَ أن يتغير إلى الشكل الجديد، الذي يتناسب مع الأوضاع الحادثة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي.[2]

قال الأستاذ مصطفى الزرقا: "إن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان، مهما تغيرت باختلاف الزمن، فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، وهو إحقاق الحق، وجلب المصالح ودرءُ المفاسد، وليس تبدل الأحكام إلا تبدلَ الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع".[3] وقال الشيخ أحمد إبراهيم: "وبالجملة، فأحكام الدنيا ينبغي أن تبنى على رعاية المصالح التي تظهر لنا بالتجارب والعادة، مع الاحتكام إلى العقل والأصول الكلية للشرع. وعلى هذا الأساس تبنى القوانين الشرعية الدنيوية".[4]

---

[1] الاعتصام 19/3.

[2] انظر المدخل الفقهي العام 957/2.

[3] المدخل الفقهي العام 942/2.

[4] الالتزامات في الشرع الإسلامي ص 12.

الموجب الرابع: دلالة الحال

28. المراد بدلالة الحال في الاصطلاح الفقهي: الأمارة الظاهرة التي تدل على صورة الحال.

وهي مقدمة في النظر الفقهي على الأصل عند تعارضهما، لأنها قرائن قوية، وشواهد قائمة تنبئ بحدوث أمر يغير حالة الأصل، فتكون بمثابة دليل على عدم صدق من يتمسك بذلك الأصل.[1]

وهي مرتبطة بقاعدتي المصالح والذرائع، وذات صلة بالعرف الجاري والعادة المستمرة، إذ "العلم الحاصل عن حكم العادة مرتّبٌ على قرينة حالية"،[2] كما أنها مرآة لواقع الحال، ولهذا يترجحُ في الحكم جانب من شهدتْ له من المتداعيين على مَنْ شهد له استصحاب الأصل، حيث جاء في القواعد الفقهية: "مجرد استصحاب الأصل دليل ضعيف يُدفع بكل دليل يخالفه ولهذا يُدفع بالنكول واليمين المردودة واللوث والقرائن الظاهرة".[3] وجاء فيها أيضا: "العلم الحاصل اعتمادا على الأمارات الظاهرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل".[4]

ونظرا لأهمية دلالة الحال في الفتاوى والأحكام قال العلامة ابن القيم: "ينبغي للمفتي أن يكون فقيها في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله".[5]

29. وعلى ذلك أقول: إن المضارب والوكيل بالاستثمار إذا ادعى تلف أو خسارة الأموال التي تحت يده بدون تعديه أو تفريطه، فإنه يُقبل قوله في نفي الضمان عن نفسه، ولا يطلب ببينة على صدق إدعائه إذا غلب في حال الناس الصدق والأمانة والورع والديانة، استصحابا للأصل في الأمناء –وهو براءة الذمة من أي ضمان أو مسؤولية تجاه أرباب المال– ما لم يُقم خصمه البينة على كذب ما ادعاه. أما إذا تفشى في الناس الكذب والخيانة والشح والطمع وقلة الديانة، فإن دلالة الحال هذه تُقدم على الأصل المنوّه به، ويترجّح جانب من شهدت له، وهم أصحاب المال المدعون تلفها أو خسارتها بتعدي الأمين أو تفريطه في المحافظة عليها.

---

[1] المدخل الفقهي العام 1068/2.

[2] كما قال الإمام الجويني في البرهان 373/1.

[3] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص 67.

[4] تبصرة الحكام لابن فرحون 65/2، الطرق الحكمية ص 20.

[5] إعلام الموقعين 205/4.

إعداد :

الأستاذ الدكتور نزيه حمّاد

فهرس الموضوعات

1. المقدمة (عرض إشكالية البحث) 2
2. التمهيد: مفهوم يد الأمانة وحكمها... 3
    - ❖ تعريف يد الضمان وبيان حكمها. 3
    - ❖ تعريف يد الأمانة وبيان حكمها 3
3. الفرع الأول: الأصل قبول قول المضارب والوكيل بالاستثمار في نفي الضمان عن نفسه 5
4. الفرع الثاني الموجبات الشرعية لنقل عبء الإثبات إلى المضاربين والوكلاء بأجر 11
    - ❖ الموجب الأول: العرف 11
    - ❖ الموجب الثاني: التهمة.. 14
    - ❖ الموجب الثالث: المصلحة 20
    - ❖ الموجب الرابع: دلالة الحال 23
5. فهرس الموضوعات 25